

会社分割による新会社設立と詐害行為取消権行使の是非：名古屋高裁平成24年2月7日判決を素材として

著者名(日)	込山 芳行, 太郎良 留美
雑誌名	山梨学院ロー・ジャーナル
巻	7
ページ	75-119
発行年	2012-07-30
URL	http://id.nii.ac.jp/1188/00001419/

会社分割による新会社設立と詐害行為取消権行使の是非 ——名古屋高判平成24年2月7日判決を素材として——

込 山 芳 行
太 郎 良 留 美

I. 問題提起

我が国における昨今の財政・経済・社会状況は、5%強の失業者、40兆円前後を推移するという税収の減少⁽¹⁾など、危機的状況にある。そのゆえ急を要する経済至上主義を最優先させるため、原理・原則を見失った法改正が繰り返されてきた。たとえば平成15年2月に中小企業挑戦支援法、同時期に新事業創出促進法（平成17年4月廃止、「中小企業の新たな事業活動の促進に関する法律」に統合）の制定などにより、最低資本金免除制度が設けられた。これは「新事業に挑戦する人々を積極支援し、日本経済の活性化と雇用拡大の原動力である中小企業の育成・発展を進める⁽²⁾」というのが当時の立法趣旨であった。具体的な内容は、平成20年3月31日までに経済産業大臣の確認を受けた者は、当時の商法規制による株式会社1000万円（旧商法168条ノ4）、有限会社300万円（旧

（1） http://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/condition/010.htm。

（2） 本法は、平成20年3月31までの期間限定での時限立法であった。

（3） 我が国では、当時、新たに事業を始める開業率は約4%、これに対して企業活動をやめてしまう廃業率は約6%と、廃業の数字が開業数を上回っていた。これは、長引く不況を反映した数字であり、日本経済の低迷ぶりの象徴といえる。こうした状況を打開するため、創業や新事業の起業など、新たな事業活動の展開に挑戦する中小企業者を積極的に支援する制度の拡充が図られたのである。

有限会社法9条)という最低資本金のハードルに関係なく、1円でも株式会社、有限会社を創設することを可能とした。加えて、平成2年の商法改正時から株式会社においても、1人会社が肯定された⁽⁴⁾。これら改正の推移をみると、個人商店的零細企業に対して「有限責任」(会104)の利益を享受させるため、「法人成り」を勧奨しているものと推測できる。他方、公開大企業に目を転ずると、経営戦略上、株式交換および株式移転制度を利用して、事業の全部又は一部を、親会社100%所有の完全子会社化(会767以下)という形で運営することを可能にした。さらに会社分割制度を利用することで、不良事業部門と優良事業部門とを切り離し、優良事業部門(分割設立会社)を子会社化することで企業の延命を図ることが可能となった。いわば大会社をターゲットにするにしろ、個人商店的株式会社を念頭におくにしろ、1人会社=完全子会社化は昨今の社会的要請であったのかかもしれない⁽⁵⁾。しこうして事業再編の名を借りた1人会社の利用は、今後、益々拡大化すると考えられる⁽⁶⁾。

平成17年会社法は、株式会社設立に際して最低資本金制を廃止し、さらに有限会社基準〔取締役会制度の原則廃止〕を導入するなどして、なお一層、会社設立の容易化、自由化を実現した⁽⁷⁾。このような立法の姿勢を濫用あるいは悪用することで、一面的には、奸悪な詐害行為的会社設立による債務逃れが許される結果ともなる⁽⁸⁾。同様に、近時、経営コンサルタント、税理士、司法書士、弁護士などの指導のもと、債務超過に陥って倒産状態にある株式会社を対象に、

(4) 平成2年旧商法165条において、7人以上の発起人を要しないものとしたことが一人会社の設立の容認に繋がったものと解されている。

(5) 江頭憲治郎『株式会社法〔第4版〕』26頁、[有斐閣、2011年]。

(6) 鈴木千佳子「1人会社と株主総会」慶応大学法学研究65巻6号47頁。

(7) 会社法326条①項、同295条①項などが根拠規定となる。

(8) 東京地判平成15・10・10金判1178号2頁。現物出資の取消の結果、会社の設立行為自体の無効をきたす恐れのある場合には、現物出資行為の取消は認められないとする見解〔服部栄三「判タ1179号119頁」〕は、会社の組織法的行為を優先するという考えである。

会社分割制度を利用して事業再建を図る手法が用いられることがある⁽⁹⁾。会社分割制度は、①事業の全部または一部の売買、②企業グループ内の再編（持株会社化・分社化その他の企業内再編）、③事業・企業の再建、④合弁・合同事業の創設・解消、⑤閉鎖的小規模会社における内部紛争の解決、など様々な目的を実現するために創設された制度である⁽¹⁰⁾。この観点からすると、会社分割制度は、分割当事者にとっては使い勝手の良い制度でなければならない。会社分割の手法が、法的処理手続の中で適法に行われ、あるいは法的処理手続がとられる前であっても全債権者の同意の下に行われるのであれば、合法的な会社分割による会社設立手続であるゆえなんら問題はない。ところが最近では、倒産状態にある株式会社が、一方で事業を継続し、他方で債権者の支払を免れるために、債権者の同意を得ること無く、会社分割という手法を利用する事態が多々発生している⁽¹¹⁾。こういう事態は、本来、会社法が予定していた会社分割制度の利用方法とは相容れないものである⁽¹²⁾、とする見解も根強い。しかしこれら会社分割制度を利用した会社設立手続きを、一概に、詐害行為的会社設立ということと疑問視していいものか否か判断に苦慮する。なぜならば、適法に手続を進めた結果、一面で債権者を害する結果となっているに過ぎないのであるから、これを単純に「詐害行為」と構成するのは無理ではないか、というのが本論文の出発点である。

法制度上、会社分割には、吸収分割と新設分割の2種類がある。新設分割とは、「1または2以上の株式会社又は合同会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を分割により設立する会社に承継させること」（会社法2条30号）である。本稿は、論文展開の都合上、株式会社を新設する場合の新設分割を念頭におく。この新設分割は、税制面において、分割時における課税の

(9) 藤波孝一「会社分割の濫用を巡る諸問題」判タ1337号20頁。

(10) 神作裕之・森本滋編『会社法コンメンタール [17]』〔商事法務、2010〕241頁。

(11) 「その『第二会社方式に異議あり』〔法務BLOG〕」金法1883号64頁。

(12) 藤波孝一「前掲論文〔注9〕」判タ1337号20頁。

繰り延べ措置のほか、不動産の所有権移転等に係る登録免許税の軽減、会社分割に係る商業登記に要する登録免許税の軽減、一定の要件を充たす会社分割における不動産取得税の非課税など税制度上のメリットがあることから、ゴルフ場事業や不動産賃貸業など、多数の契約を円滑に承継させる必要がある場合や多数の不動産の譲渡に伴う税コストを軽減させたい場合などに、積極的に活用されている⁽¹³⁾。とくにゴルフ場の事業再生においては、事業に直接関連する債権・債務と長期借入金・預託金等の返還債務を別々の会社に分離する会社分割が行われ、その結果、預託金等の債権者が分割会社から弁済を受けられないという事例も見られる。このような事例における問題の本質は、会社分割前は同じ扱いを受けていた債権者が会社分割によって、分割会社に残った債権者と新設会社に移った債権者との間に不平等が生じるという点である。他方、この会社分割制度は、事業再編など種々ポジティブな目的を実現するための制度でもある。すなわち当該制度の運用次第では、倒産状態にある株式会社が一方で事業を継続し、他方で債権者への支払を免れるために、債権者の同意を得ること無く会社分割制度を利用して生き残ることも可能となる。立法の過程、あるいは制度の在りようからすると、これを意図した制度と思われる点が、以下、分析するように随所に見受けられる。結果として、債務逃れの目的をもった会社分割による新設会社設立が認められているのではないかとの誤解を生み、事態は混沌とするのである。實際上、会社分割は、債権者・契約相手方の承諾など債務や契約関係の個別的な移転行為が不要であること、右に述べた各種税制面の優遇措置など、多数の契約者を対象とした事業にはメリットは多い。換言すれば、ゴルフ場事業や不動産賃貸業など、多数の契約を円滑に承継させる必要がある場合や多数の不動産の譲渡に伴う税コストを軽減させたい場合などに、積極的に活用されることを前提にした制度のようにも思われる。

本論文は、本来会社法が予定している会社分割制度の意義を質しつつ、実務

(13) 渡邊博巳「詐害的会社分割と分割会社債権者の保護」法時83巻2号106頁。

上、実行されている明らかな債務逃れと思われる会社分割の場合、債権者に対する対応はどうあるべきかを吟味する。事案は、名古屋高判平成24年2月7日事件⁽¹⁴⁾〔原審＝名古屋地裁平成23年7月22日判決〕を素材とする。實際上、頻発しているであろう当該事案のような会社分割は、法制度上、肯定されるべきか否かを改めて検証する。なお、会社分割制度に際しては、実務上、税制面の対応がどの様に行われているかを詳細に知ることが喫緊の課題となる。したがって、会社分割に際しての税制度を、本論文末尾において一瞥する。なお当該分野は、新進の税法学者⁽¹⁵⁾、太郎良留美氏に依頼したので、本稿は共同執筆論文として発表する。

Ⅱ．会社分割制度と平成17年会社法における法整備の意義

【1】会社分割制度とは何か

会社法上の会社分割は、会社がその事業に関して有する権利義務の全部または一部を当該会社から、既存の会社または設立する会社に承継させることをいう。前者を「吸収分割」、後者を「新設分割」という。会社法は、吸収分割と新設分割の2種類の会社分割を認め、「吸収分割」については、「株式会社または合同会社が、その事業に関して有する権利義務の全部または一部を分割後他の会社に承継させること」（会2条29号）、「新設分割」については、「1又は2以上の株式会社又は合同会社がその事業に関して有する権利義務の全部又は一部を分割により設立する会社に承継させること」（会2条30号）と定義する。会社分割の当事会社となり得るのは、法制度上は、分割会社については株式会社または合同会社だけに限られるのに対し、持分会社を含むすべての会社形態が承継会社、設立会社となり得る。合名会社、合資会社が分割会社となることが認められない理由は、当該会社においては無限責任社員が会社債務につき責

(14) 会社分割無効請求控訴事件、なお「金商1363号30頁、金法1920号100頁」参照。

(15) 平成18年3月山梨学院大学社会科学部公共政策専攻修士課程修了、現在仙台青葉学院短期大学ビジネスキャリア学科准教授。

任を負うことから、会社分割によって会社債務を他社に承継させることを認めると、会社債権者が不利益を受ける可能性があるからである⁽¹⁶⁾。会社分割の対象とされた分割会社の権利義務は、事業譲渡の場合のように個別に承継、移転されるのではなく、承継会社または設立会社に法律上当然に全体として一括して承継される。すなわち、会社分割は、吸収分割契約または新設分割計画という私的自治に基づく契約または決定により、会社分割の対象である分割会社の権利義務が法定された日に、法律上、当然に、承継会社または設立会社に承継されるという一般承継の法的効果が付与される⁽¹⁷⁾。

会社法の下では、会社分割の対価は分割会社に対してのみ交付され、分割会社の株主に対して直接交付されることはないものと整理された。すなわち会社法は、平成17年改正前商法における会社分割制度と異なり、いわゆる物的（分社型）分割の類型のみを認め、会社分割の対価を分割会社の株主に交付するいわゆる人的（分割型）分割は認めないこととした（会763条6号参照）。ただし会社法の下でも、物的分割と同時に他社株式〔新設会社株式〕の配当等を付加した行為として行われる場合（会758条8号、763条12号）、人的分割と同様の効果は生ずる⁽¹⁸⁾。

【2】会社分割制度の有効活用機能

会社分割制度導入以前も、従来の商法上の制度を利用することによって、会社の分社化即ち物的分割と同じ効果を作出することは可能であった。しかし、

(16) 相澤哲＝細川充「組織再編行為〔上〕」商事1752号14頁。

(17) 神作裕之・森本滋編『会社法コンメンタール17』237頁〔2010年、商事法務〕。

(18) 関俊彦『会社法概論〔全訂第2版〕』480頁、〔商事法務、2009年〕。この場合には、分割会社からその株主に対して一定額の金銭等が流出することになるが、①少なくとも300万円の純資産を会社に維持すべき旨の規定（会458条）、および、②株主に交付する金銭等は分配可能額に制限される旨の規定、過剰配当等に基づく関係者の責任の規定（会461条～465条）は適用されない（会792条、812条）。したがって人的分割の場合には、残存債権者に対して債権者異議手続が認められている。

会社分割制度を利用することにより、従来必要とされてきた煩雑な手続は、回避できることになった。けれど、鉄道事業とホテル事業を営む X 会社が、Y 会社を設立し、ホテル事業を現物出資（あるいは財産引受）する方法、あるいは X 会社が Y 会社を設立した後に、ホテル事業を営業譲渡する方法（設立後 2 年以内であれば事後設立の規制を受ける）が考えられた。しかし、これらの方法による分社化は以下のような問題点があった。現物出資、財産引受（会28条1号2号、同33条参照）の場合は、裁判所が選任する検査役による調査が必要となるので、検査役の選任、調査は手続が煩雑なうえ、調査終了の時期がはっきりせず、会社設立のスケジュールが立てられないという点が指摘されていた⁽¹⁹⁾。また、現物出資の場合は、会社設立手続終了までは、営業を停止しなければならないこと、財産引受、事後設立の場合は、営業の価値としての資金を用意しなければならない点が課題であった。加えて、これらの方法は、営業の包括的承継ではないため、営業に関係する権利義務の個別の承継手続が要求され、特に債務の承継については、個別の債権者の同意を取り付ける必要があった。これに対し、会社分割は、検査役の調査が不要であり、事業承継の対価としては、株式を割り当てればよいのであるから、新たに資金を準備する必要もない。また、包括承継であり、債務引受に関して、個別の債権者の同意も不要となる。しこうして分社型の会社分割は、会社分割制度の導入で初めて可能となった。かくして分社型の会社分割は、大企業グループにおける完全100%子会社化をはじめ、本来的には持株会社の傘下にある複数の子会社を事業別に再編成する方法、中小企業の株主間の紛争を解決する方法等に使い勝手が良い手

(19) 辻川正人、今中利昭他編『会社分割の理論・実務と書式〔第3版〕』25頁〔平成16年、民事法研究会〕。

(20) 平成2年改正から会社法制定までの間、事後設立には検査役の調査も要求されていたが、機関投資家等から資金を集め他社の事業の一部を買収するいわゆる M & A 目的の会社が設立される例が増えている等、事後設立を一律に財産引受け、現物出資規制の脱法とみなしてそれらと同じ規制を課すことには批判が集まり、会社法制定時には検査役の調査は廃止された、江頭憲治郎『前掲書〔注5〕』71頁。

段、方法となったのである。

【3】分割会社により残された債権者保護の後退

〔1〕債権者の異議

新設分割（株式会社設立の場合）における債権者保護手続は、新設分割会社に対して債務の履行を請求できなくなる債権者については債権者異議申述権がある（会810条1項2号）。加えて個別催告、公告がなかった場合は、分割の効力発生日の財産価額を限度として分割会社に対しても履行請求ができる（同764条2項）。しかしながら会社法は、不法行為債権者を除き、個別催告・公告は官報などの公告で足り個別催告を必要ないものと改めた（会789条3項）。これは組織再編の円滑化を目的とするもので、結果として債権者保護手続が後退したことは否めない。立場を変えてみると、分割会社に個別公告を必要ないものとしたのは、当該制度の利用促進、使い勝手がし易くなるように後押しをした制度改正ということになる。ただし催告等の懈怠は、会社分割無効の原因となり、分割無効の訴えを提起することができる（同828条1項10号、同2項10号）ことはいうまでもない。

〔2〕「債務ノ履行ノ見込アルコト」から「債務の履行の見込みに関する事項」へ

平成17年会社法制定以前は、分割会社の「債務ノ履行ノ見込アルコト」（旧商法374条ノ2第1項3号）が会社分割の効力要件とされていたので、分割会社⁽²¹⁾が債務超過に陥るような分割は抑制されていた。ところが会社法は、「債務

(21) 「各会社ノ負担スベキ債務ノ履行ノ見込アルコト及其ノ理由ヲ記載シタル書面」として債務の履行の見込みのない会社分割を認めないこととする趣旨であった、原田晃治「会社分割法制の創設について〔中〕」商事1565号11頁。下級審も、債務の履行の見込みがあることが実体的な会社分割の要件であることを意味し、各会社のいずれかにその見込みがないと会社分割の無効事由となる、としていた「名古屋地判平成16・10・29判時1881号122頁。

の履行の見込みに関する事項」(会782条、会施規183条6号、同192条7号、同205条7号)とし、単に事前開示事項として定めればよく効力要件ではない、とした。立案者の説明によれば、「債権者保護の観点からすれば、当事会社⁽²²⁾が実質債務超過であるかどうかという点よりも、個々の債務の弁済期におけるキャッシュ・フローなどの問題のほうがより重視されるべきであり、実質債務超過であれば債務の履行の見込みがないという考え方は必ずしも妥当しないし、実質債務超過でなければ債務の履行の見込みがあるという考え方が正しいとはいえない⁽²²⁾」、ということである、と。さらに立法担当者は、承継の対象が「事業に関して有する権利義務」とし、「債務の履行の見込みに関する事項」が組織再編行為に係る契約・計画の一般的開示事項とされているが、債務の履行の見込みの判断は困難であり、これを効力要件としても実質的な債権者保護に寄与しないことを理由に、債務の履行の見込みのあることは会社分割の効力要件でない。さらに会社分割をする上において、仮に債務の履行の見込みがないというときは、事前準備書面にその旨を記載すれば足りそのために会社分割が無効となることはない、とする。この「債務の履行の見込み」問題が、いわゆる対価の柔軟化等とも関連して、会社債権者保護の実質的水準の後退となっており、債権者保護の観点を軽視した改正と評価せざるを得ない。畢竟、債務逃れの会社分割を助長することになったという見方をする論者が、現れることを承知の改正であったように思われる。しかしながら見方を変えると、前述の個別催告の一般的免除を認め、かつ「債務の履行の見込みのあること」を効力要件としないということは、会社分割制度の円滑な利用促進という政策的判断を優先させるための制度設計と割り切る理解もあっていいのではないか。

江頭教授は、「会社分割は、特に分割会社の債権者にとって合併よりも重大な影響を及ぼす可能性が高い。したがって、「債務の履行の見込みがある」旨

(22) 相津哲＝細川充「組織再編行為」商事1769号19頁。

(23) 立法担当者による説明として、相澤哲・葉玉匡美・郡谷大輔編著『論点解説、新・会社法千問の道標』(商事、2006年)674頁。

が記載されても、その理由に説得力がなければ、会社債権者から異議が多数述べられることになる。そこで、第三者である専門家が作成した意見書を添付する等により、理由の客観的合理性を担保することが事実上必要となる。従って、いずれかの会社に債務の履行の見込みがないことが会社分割の無効事由であることに変わりはない」とする⁽²⁴⁾。しかし「債務の履行の見込みがない」点を会社分割の無効事由と解しても、無効訴訟の提訴権が当該会社分割について承認をしなかった債権者にしか認められていないので（会828条2項9号）、結果として異議を述べることができず、現行制度においては債権者の救済とはならない。

【4】 詐害的株式会社の設立と債権者からの逃避

会社が法人格を有する限り〔3条〕、会社財産と個人財産は区別される。これに着目して、債務者が自己所有の財産を株式会社に現物出資することにより、当該財産の強制執行を免れようとするのは、一見して法の網をくぐった会社設立行為ということになる。しかしながら現物出資による株式会社の設立は、会社法上、組織法的行為であることから会社設立行為が優位性を有する。したがって資本金を毀損しない場合であれば、⁽²⁵⁾ 奸悪な債務逃れの株式会社設立であっても、⁽²⁶⁾ 詐害行為取消権の対象とならないという結論になる。表面的には、会社制度を悪用した債務からの逃避でありながら、法律がこれを後押しをしている典型例ということになる。いうならば形式的とはいえ、一通りの会社設立手続を履賤し、かつ株式会社という衣を着ることによって、当該現物出資

(24) 江頭憲治郎『株式会社法第3版』（有斐閣、2009）829頁。

(25) 個人商店が、1人会社を設立する場合のように団体的取引の要素を欠くような会社設立は例外かもしれない。

(26) 前掲〔注8〕東京地判平成15年10月10日判旨は、「株式会社の資本を毀損しない範囲では、設立行為を取り消すことにならない」、として、資本を毀損しない設立行為の場合、詐害行為を否定し、他方で会社設立の有効性を肯定している。

会社分割による新会社設立と詐害行為取消権行使の是非は団体法的法律行為⁽²⁷⁾ということになるので、単純に個人法レベルの民法規定を適用するという訳にはいかないのではなかったか。旧く、昭和33年宇都宮地判⁽²⁸⁾のごとく、設立時の資本構成のうち A の持株は、3 万株中 2 万 2 千株であり、A は人形的に Y 会社の代表者となっていたに過ぎないことが認められるので、1 人会社ということができず、株式会社という団体を構成したもの、と解している。この論理は、株式会社の設立であること、実態は 1 人会社そのものであるとして A が資本面で実権を握っていたとしても、形式的に資本の結合体を掲げれば民法の適用は排除可能という論理構成となる。すなわち債権者保護という視点よりも、会社設立の団体法的意義を重視する視点にたつと、結果として当該会社設立も有効視されることになる。この設立重視の理解は、取引関係者の保護という点に集約される。

【5】詐害行為的会社設立における債務者に対する債権者の法的地位

民法上の個人取引観点で見ると、債務逃れの債務者に対して、債権者はその債務者が唯一の財産を無償贈与して無資力になるなど、債権者を害することを知ってなされた債務者の行為（詐害行為）の取消を、裁判所に請求することができる（民424）。但し、これが会社への出資行為ということになると、本論文が素材とする名古屋地裁、同高裁判例に見るように一転して取消は困難となる。実態は、債務逃れの詐害行為であっても、会社の設立行為という財産の出捐である限り、株式会社の設立を有効視するという理由から、結果として債権者の保護が危くなるのは止むを得ない。法制度的には、組織法的に見て分割会社の現物出資行為は、新設会社からその対価として持分または株式を取得するのであるから、分割会社の財産が、現物財産から、株式に変化したただけであって、その経済的価値にはなんらの変化もない、とされている（会763条6号）。

(27) 実態が、1 人会社であっても、名目上数人の出資者の形を整え、1 人会社でない外観を備えた株式会社の設立は容易であることは言うまでもない。

(28) 宇都宮地判昭和33年 7 月25日下民集 9 卷 7 号1433頁参照。

この構成に対する反論としては、「設立した会社が、譲渡制限株式発行会社の場合は（会136条以下）、その換価は、通常は容易ではなく、加えて、現物出資の対価として取得した株式を安価で譲渡してしまった場合など、債権者の利益を害する典型というべきであるから詐害行為を構成する」との主張がある⁽³⁰⁾。

Ⅲ．「新設分割が詐害行為に当たるとして新設分割会社の債権者が新設分割設立会社に対して当該会社分割の取消と価格賠償を求めた事案」⁽³¹⁾（名古屋地裁平成23年7月22日判決、名古屋高判平成24年2月7日判決⁽³²⁾）

【1】はじめに

本事案と平行して、原告 X は、「本件会社分割を承認していないから、会社法828条2項10号に定める『新設分割について承認をしなかった債権者』に該当し、会社分割無効につき原告適格を有する、として原告適格を別訴で争ったが、地裁⁽³³⁾、高裁⁽³⁴⁾とも、原告適格者を「破産管財人若しくは新設分割について承認をしなかった債権者」の法文どおりの枠に絞って限定的に解釈し、原告の主張を退けた。しかし、以下の調査官解説に見られるように、判決そのものに、ためらいのような雰囲気も感じられる。すなわち本判決の調査官解説によると、「会社分割が、その全部でないとしても、濫用的に利用されていることを窺わせ、さらに、そのほとんどの事案で、詐害行為取消、否認権の行使、否認の請求、法人格の否認、会社法22条〔商号の続用〕の類推適用が認められてい

(29) 鳥山恭一「株式会社への現物出資と詐害行為取消権」法学セミナー589号125頁。

(30) 鴻常夫「現物出資が詐害行為取消権の対象となるかどうかの判断」ジュリスト237号65頁。

(31) 金商1375号48頁以下、金法1936号118頁以下参照。

(32) <http://www.tkclex.ne.jp/lexbin/printcontents.aspx?pf=1&zb=25444342>。

(33) 平成22年7月28日静岡地裁浜松支部判決、金商1363号35頁、金法1920号105頁。

(34) 平成23年1月26日東京高裁判決、金商1363号30頁、金法1920号100頁。

(35) 金商1363号30頁以下解説参照。

ることからすると、現行の会社分割制度に何か病理的な欠陥が内在しているのではないかと危惧しないわけにはいかない、」と述べられている。併せて、法制度上の債権者保護手続⁽³⁶⁾だけでは、分割会社全ての債権者の不満、不服を解消し得ないのではないか、とする。しかし本論文のスタンスからすると、会社分割制度の制度趣旨、加えて会社の自由設立主義の立場にたった場合は、逆に右地裁及び高裁の判断は妥当ということになる。

【2】名古屋地裁平成23年7月22日判決事案の概要

※ X の Z に対する貸金債権

X（株式会社名古屋銀行）は銀行業を主たる目的とする株式会社であり、旧商号「株式会社りよくけん」Z との間で取引関係を持つ金融機関である。X は Z に対し、平成21年9月1日当時、9568万円の貸金債権を有していた。

※ 本件会社分割

「旧りよくけん」Z は、農産物、食料品販売などを目的とする株式会社であったが〔永田次郎が代表取締役〕、平成21年9月1日、商号を株式会社農産振興に変更するとともに、その事業一切を、新たに設立する被告 Y 会社（商号＝株式会社りよくけん、永田が代表取締役）に承継させることを目的とする新設分割を行った。被告 Y 会社は、本件分割に際し普通株式1000株を発行し、当該株式の全てを「旧りよくけん」Z に割り当てた。平成21年9月1日に設立登記がされ、本件会社分割の効力が生じた。本件会社分割に際しては、X の Z に対する前記貸金債権は承継の対象とされていない。そこで X が、Z「分割会社」、Y（株式会社りよくけん）を「新設会社」とする本件会社分割が許害行為に当たるとして、Y に対し、本件会社分割の取消と価格賠償を求めた。

※ 原告の主張

(36) 「吸収分割＝759条2項、3項、761条2項3項、新設分割＝764条2項、3項、766条2項、3項」異議を述べる機会のある債権者、機会があるのに機会を与えられなかった債権者対象。

① 本件会社分割は、旧りよくけんの総額14億897万余円の資産のうち、5億4439万円の資産を新設会社に移し、他方では総額36億1467万余円の負債のうちその大部分である33億4493万円もの負債を旧りよくけんに残し、新設会社には負債2億6973万余円しか承継させないというもので、金融機関に対する債務は新設会社が承継しないのであるから、本件会社分割は、金融機関に対する債務を踏み倒した上、新設会社側で優良な資産を維持して事業継続を企図するもので、債権者（新設会社である被告が承継しない債務の債権者）であるXを害することは明らかであり詐欺の意思がある。

② 分割会社Zに新設会社の全株式が交付されたとしても、Yの株式は非上場かつ譲渡制限があつて流動性を欠き、株式譲渡は強制執行手続において評価も換価も著しく困難なものであり、そのうえ当該株式につき株券が発行されれば強制執行は一層困難となるのであるから、本件会社分割の内容に照らすと、旧りよくけんの一般財産の共同担保としての価値を実質的に毀損して債権者の債権回収を困難にすることは明白である。

③ 本件会社分割により被告に承継された資産は分割計画書においても個々に特定されておらず、新設会社の事業継続の中で変動を来していると考えられるから、現物返還は不可能であり、価格賠償により処理すべきである。

※被告の主張

① 本件会社分割は、旧りよくけんの構築してきた事業価値の存続と雇用の場の確保という社会的意義を有するものである。

② 本件会社分割は、旧りよくけんからYに移転した純資産（移転した資産から負債を控除した価値）に相当する新設会社の株式が分割会社に交付されており、Zの資産には変動がなく、本件会社分割によってもZの債権者を害することはない。

③ 詐害行為取消権において、受益者の詐害性についての悪意が要件とされるところ（民法424条1項但書）、会社分割を実現する過程において、いまだ受益者たる新設会社は存在しないのであって、受益者の悪意という要件を充たす

余地がない。

※裁判所の判断

① 詐害行為取消権は、総債権者の共同担保となるべき債務者の一般財産〔責任財産〕を保全するための制度である。計算上一般財産が減少したといえなくも一般財産の共同担保としての価値を実質的に毀損して、債権者が弁済を受けることがより困難となったと認められる場合には詐害行為に該当する。本件会社分割後、旧りよくけんは金融機関に対する返済を、被告から賃料等名目で入金される月額200万円を原資として、各金融機関の負債額に按分比例して分割弁済していくとするが金融機関への弁済が終了するのは、計算上、弁済を開始してから約128年程度を要する。

旧りよくけんに残される資産は固定資産等を中心としたもので、それ自体が今後の収益を生み出すためのものではない。のみならず負債はその大部分が旧りよくけんに残され、旧りよくけんは約24億8035万円という著しい債務超過状態であるにもかかわらず、資産の一部が承継された被告は、債務超過ではない健全な状態で経営を続けていくというものである。しかも旧りよくけんによる金融機関への弁済は約128年あまりで終えるのであり、原告を含めた金融機関は極めて長期の分割弁済を強いられることになる。したがって旧りよくけんの一般財産が、本件会社分割によって毀損されたというべきである。

② 旧りよくけんが資産を被告に承継させ対価として取得したのは、被告の株式1000株である。強制執行の手続においても、その財産評価や換価をすることには著しい困難を伴う。そうすると、被告の株式1000株が発行され、旧りよくけんがこれを保有するに至ったとしても、本件会社分割により、旧りよくけんの一般財産の共同担保としての価値を実質的に毀損し、その債権者である原告が自己の有する被保全債権について弁済を受けることがより困難となる。

③ 民事再生手続や会社更正手続といった再建型の法的な倒産手続があることに照らせば、本来は、当該手続によるべきものといえるのであるから、上記のような社会的意義という観点から本件会社分割を正当化し得ない。

④ 詐害行為取消権を行使するに当たっては、受益者が詐害行為につき悪意であることが必要であり、その判断の基準時は、詐害行為時、すなわち、新設会社が設立されて会社分割の効力が発生した時点ということになる。そうすると本件会社分割は、詐害行為時である本件会社分割時に受益者たる被告が設立されることになるため、受益者たる被告の意思をどのように判断するかの問題が生じないではない。この点、新設分割においては、分割会社の代表取締役が手続を進めるのであり、旧りよくけんの代表取締役と新設会社の代表取締役は同じ永田次郎が務めるのであるから、旧りよくけんに詐害の意思があるとすれば、詐害の意思があると擬制するのが相当である。

⑤ 会社分割を詐害行為として取り消す範囲は、詐害行為の目的物が可分である場合としては原告の被保全債権の額、すなわち、貸金元本の合計9568万円を限度とすべきである。会社分割後、被告の事業継続からすると上記資産に変動が生じているのであり承継された上記資産を特定してこれを返還させることは著しく困難である。したがって原告は、逸失した財産の現物返還に代えてその価格賠償を請求することができる。なお、上記詐害行為取消権に基づく取消の効果は、原告と被告との間で相対的に及ぶにとどまり、組織法上の新設分割の効力自体を、対世効をもって取り消すものではない。

【3】控訴審「名古屋高判平成24年2月7日判決」

※裁判所の判断＝控訴棄却＝「請求の減額により、平成21年9月1日に効力が生じた会社分割を8831万5503円の限度で取り消す」……被控訴人 X は、強制執行〔債権執行〕において実施された配当により債権の一部を回収したので請求額を減縮する。

※控訴人 Y の補充主張⁽³⁷⁾

(37) 「前掲〔注28〕」<http://www.tkclex.ne.jp/lexbin/printcontents.aspx?pf=1&z=25444342>より抜粋。

① 詐害性の有無について

詐害性を判断するには、本件会社分割前の債権価値〔破産配当額・精算価値〕と分割後の債権価値〔回収見込額〕を比較しなければならない。分割前の配当可能財産は1億9353万円、債務総額は35億1729万円であるから破産配当率は5.5%となる。分割を実行せずに放置すれば事業価値が段損されて倒産し破産配当率が著しく低下したと予想される。本件会社分割は、倒産を回避し、事業価値を保存する目的で実行された。したがって本件会社分割に詐害性はない。本件会社分割直前における破産配当率は5.5%であるから、その時点における本件債権の破産配当額（清算価値）は526万2510円である。したがって仮に本件会社分割の結果、Zが所有するに至ったY株式の価値がゼロであったとしても、Xの被った損害は526万2510円にすぎない。Xは、Zの還付消費税を差し押さえ既に707万7704円を回収しているから、本件会社分割はXに対する詐害性を失っている。

② 詐害の意思の有無について

本件会社分割時、Zは、既に実質的な倒産状態にあり、長期分割弁済はおろか、返済不能の状況に陥っていた。Zは、倒産を回避して事業価値を保存するために本件会社分割を実行したのであり、本件会社分割によってXら金融機関の利益は害されていない。Zは、民事再生手続等の法手続によると会社の破綻が周知の事実となり、一気に事業価値が段損され、事業再生が困難になるなどを考慮し、事業価値の保全方法として最適である会社分割を選択したものである。本件会社分割により、中小企業の事業再生や事業価値の保全に不可欠な商取引債権の保護及び従業員等の雇用確保が実現されており、このような取締役の判断には経営判断の原則が適用されるべきである。

③ 取消の範囲及び原状回復の方法について

仮に本件会社分割が詐害行為に当たるとしても、認容額（Xに与えられる利益）は本件債権の清算価値相当額に止まると解すべきである。仮に本件請求が認容されXがYの売掛金を強制執行で差し押さえると、Xだけが優先弁済

を受けることになり、債権者間の平等に反する。詐害行為取消権のような総債権者の利益のための制度を一部債権者の利益になるような形で運用することは不当である。

※裁判所の判断理由

① 詐害性の有無について

Y は、会社分割前の債権価値（破産配当額・清算価値）と分割後の債権価値（回収見込額）を比較し、本件会社分割は、Z の倒産を回避し、事業価値を保存する目的で実行されたものであり、Z が、各金融機関債権者に対し清算価値を保障すべく返済を継続していることからすると、本件会社分割に詐害性はない旨を主張する。しかし本件会社分割は、Z の一般財産の共同担保としての価値を実質的に毀損し、債権者である X が本件債権について弁済を受けることをより困難とするものであり、詐害性があると認められる。また詐害行為取消権の要件の1つである詐害性の判断基準時は本件会社分割時であるところ、Y が主張する Z の各金融機関債権者に対する按分比例弁済は本件会社分割後の事情である。

② 詐害の意思の有無について

Y は、Z の取締役は、善管注意義務に基づき、債権者に対する返済総額が最大限になり、かつ債権者に対する返済が公正かつ衡平となるような事業価値の保全方法として本件会社分割を選択したもので、このような取締役の判断には経営判断の原則が適用されるべきであるなどとして Z には詐害の意思がないとする。しかし Z の代表取締役である永田は、X を含む残存債権者が有する債権について、会社分割により Z の一般財産から弁済を受けることがより困難となり、債権者が害されるとの認識、すなわち詐害の意思を有していたと認められる。

この点 Y は、民事再生手続等の再建型の法的倒産手続を採用すると会社の破綻が周知の事実となり、一気に事業価値が毀損され、事業再生が困難になると主張する。しかし民事再生手続及び会社更生手続の開始決定は、不特定多数

の利害関係人に多大な影響を及ぼすものであるため、同開始決定の主文及び所定の事項を公示等するものとされており（民事再生法35条、会社更生法43条）、これにより債務者が経済的窮境にあることが周知の事実となることは制度上当然に予定されているものであるから、これをもって民事再生手続等の再建型の法的倒産手続に欠陥があるとはいえない。

③ 取消しの範囲及び原状回復の方法について

債権者が詐害行為取消権の行使により債務者の法律行為を取消して逸出した財産の返還を請求できる範囲は、当該債権者の債権額が基準となるのである。Yは、仮に本件請求が認容されるとXだけが優先弁済を受けることになり、債権者間の平等に反するとも主張する。確かに、詐害行為取消権を行使した債権者が受益者又は転得者に対して金銭の支払を請求できる場合、当該債権者は自己への支払を請求することができるため、当該債権者は受領した金銭を債務者の責任財産に戻す債務と被保全債権とを相殺することにより、事実上、他の債権者よりも優先的に弁済を受けたのと同じ結果となる。しかしこのような事態は、会社分割の場合に限らず、詐害行為取消権や債権者代位権に一般的に共通する問題点であって、本件においてXが優先弁済を受ける結果となったとしてもやむを得ないものというべきであり、このことをもって本件会社分割に対する詐害行為取消権の行使を制限すべき理由にはならない。

Ⅳ. 前記名古屋地判平成23年7月22日判決、名古屋高判平成24年2月7日判決に関する検証

【1】新設分割に対する詐害行為取消権行使の是非

〔1〕詐害行為取消権行使の是非に対する積極説と消極説

組織法上の行為である会社分割に対し、民法上の一般個人法レベルを前提とした詐害行為取消権を行使できるかについては、積極説⁽³⁸⁾と消極説⁽³⁹⁾がある。積極

(38) 藤田友敬「組織再編」商事1775号60頁。弥永真生「債権者保護」浜田還暦記念『検証

説は、①会社法上、その権利行使を禁止する特則がないゆえ一般法則たる詐害行為取消権の行使は排除されない、②組織行為や事業全体を詐害行為取消の対象とする必要がなく、個別財産の移転を取消対象にすれば足りる、③会社設立も詐害行為取消の対象となると解されているとの平仄⁽⁴⁰⁾、を理由に挙げる。消極説は、①詐害行為取消権は取引行為を対象とするものであり、組織法上の行為を対象とすることを予定していない、②詐害行為取消権は相対効しか有しないので、取消権行使の場合、新設会社と他の取引者との混乱を招くおそれがあり、また原状回復の内容が判然としない、などとする。本件名古屋地判及び名古屋高判判旨は、ともに積極説を採用している。理由は、①取消の対象は、権利義務という財産権を目的とする行為、②組織法上の対世効を持たないことからすると、取消の効果が被保全権利の範囲で相対的に及ぶにとどまり価格賠償の効力しか有しないことから、新設会社の経営が困難となり新設分割の目的が達せられなくなるとしても詐害行為取消権を否定する理由にならない、などとする。

〔２〕民法上の個人法取引と会社法上の組織法取引

立案者が、「債務の履行の見込みのない会社分割であっても無効となることはなく、この場合、債権者保護手続の対象とならない債権者においては、財産移転行為につき詐害行為取消権を行使する余地がある⁽⁴¹⁾」としたことから、当該テーマにつき混乱が始まったのではなかろうか。いわば民法上の個人法取引と会社法上の組織法取引を民法、商法の区別なく私法レベルにおいて同尺度での解釈を促したことから生じた混乱といえる。しかし会社設立は、法が要求する

会社法』〔信山社、2007〕505頁など。

(39) 後藤孝典「民事再生と会社分割—近時の再生実務実態とあるべき再生手法に向けて〔上〕」ビジネス法務2010年3月号58頁、岡伸浩「濫用的会社分割と民事再生手続」NBL922号9頁など。

(40) 東京地判平成15・10・10金判1178号2頁。

(41) 相澤哲・葉玉匡美・郡谷大輔編著『論点解説新・会社法〔千問の道標〕』初版第6刷674頁、(商事、2008年)。

手続に従って行われる限り認められるものであり、これに民法上の取消権を重ね合わせて判断し、当該会社分割設立会社の設立の是非を問うことは、民法、商法の適用範囲を無視し、両者を混同した解釈となるゆえ首肯することはできない。

新設分割⁽⁴²⁾は、法定事項を定めた新設分割計画を作成し、株主総会決議による承認を得なければならない（会762条、同763条、同765条、同804条①項＝同309条②項12号、同322条①項10号）。換言すると、本件判旨も個別の財産移転が取消権の行使対象者との間で相対的に取り消されるだけであり、会社分割の効力自体には影響を与えない、としているのである。この論理を敷衍すると、裁判所は会社分割設立会社の妥当性は認めながら、他方で、置き去り債権者の保護を意図するあまり、このような判断に至ったというべきである。会社分割制度を悪用、濫用した法的手続きを欠く債務逃れのためだけの奸悪な会社分割であるならば格別、結果として、適正に会社分割手続きを踏まえている限り会社分割の有効性を肯定せざるを得ず、他方で債権者 X の保護という要請に応えなければならないわけであるから、この観点からは、妥当な解決といえるのではないか。

【2】会社分割の場合の詐害性の判断基準

〔1〕詐害性の判断基準は何か

本事案は、無担保の残存資産のほとんどを新設会社に承継させ、新設会社の今後の経営に必要な債務のみを移転させ、これ以外の大部分の金融債務を分割会社に残し、事実上分割会社を「もぬけの殻」にしたとされている。判旨は以下のように総括する。被告は、「旧りよくけんから Y に移転した純資産（移転した資産から負債を控除した価値）に相当する新設会社の株式が分割会社に交付されており、Z の資産には変動がなく、本件会社分割によっても Z の債権

(42) 共同新設分割であれば、各分割会社の共同による（会762条②項）。

者を害することはない」としている。しかし「新設会社株式が非上場株式会社の株式であり、株主が廉価で処分することは容易であっても一般的には流動性が乏しく、株券が発行されればより一層、これを保全することには著しい困難が伴い、さらに、強制執行の手続においても、その財産評価や換価をすることには著しい困難を伴う⁽⁴³⁾」ことから、計算上の財産減少の有無だけでなく、一般財産の共同担保としての価値が実質的に毀損した等の観点からして、詐害性を判断すべきである、と。さらに、債権者が詐害行為取消権の行使により債務者の法律行為を取り消して逸出した財産の返還請求をすることができる範囲は、当該債権者の債権額が基準となる、とする。しかし、金融機関の融資時には当然それに相応しい担保設定がなされており、金利の償還も随時なされていたはずである。そうすると会社が倒産状態にあり回復の見込みがない場合、債権者の返還請求することができる範囲は当該債権者の債権額ということはない。いうなれば債権者 X が、逸失した財産として返還請求できる範囲は、会社分割時の現存純財産に限られるのは止むを得ないということになる。控訴審の被告 Y の主張にあるように、本件会社分割時、Z 社は、既に実質的な倒産状態にあり、長期分割弁済はおろか、返済不能の状況に陥っていた。そのため Z 社は、倒産を回避して事業価値を保全するために本件会社分割を実行したのであり、分割時の財産状態にはなんらの変化はないわけである。Z 社は、民事再生手続等の法手続によると会社の破綻が周知の事実となり、一気に事業価値が段損され、事業再生が困難になるなどを考慮し、事業価値の保全方法として最適である会社分割を選択したのであるから、適切な経営判断が行われたものと理解していいのではないか。結果として、本件会社分割により、中小企業の事業再生や事業価値の保全に不可欠な商取引債権の保護及び従業員等の雇用確保が実現されているわけであるから、会社役員として、対策を講ずることなく

(43) 流動性が乏しいことに詐害性を求めたばあい、不動産を売却して、費消・隠匿しやすい金銭に変えることに詐害性を認めた判例（大判明治44・10・3民録17輯932頁）があるが、この論理を徹底すると矛盾は避けられない。

Z 会社の存亡を傍観していた訳ではないので、積極的に対策を講じた本件対応〔永田次郎の行った会社分割〕は、評価すべきと考える。

通常、詐害行為は、詐害行為（客観的要件）と詐害意思（主観的要件）を総合的・相関的に考慮して判断されるべきである。本事案につき検討すれば、まず、分割会社債権者にとっての共同資産が減少しているかが問題となる。本件における一連の動きをみると、Z 社により Y 社への承継負債が重畳的債務引受されることにより、Z 社の債務総額は変わらないとされている。一方、Y 社の承継資産の価値については、単にそのまま Y 社の株式価値に転換され、その後、大量の第三者割当増資などがなされたばあい、Z 社保有の株式価値が希薄化し株式価値は減少するかもしれない。これも、適法な法手続きの中で行われる限り看過しなければならない場面といえないか。なぜならば会社分割は、本来平等弁済がなされるべき債権を、その帰属を 2 つの法人に分けた結果により、分割会社債権者を劣後化する仕組みと割り切る必要があるのではないか。そして本案のように無資力の会社が本制度を利用した場合は、分割会社債権者に対して損害が及ぶのは当然予想される法制度ということになる。

〔2〕控訴審での被告 Y の主張

右の分析からすると、控訴審における被告 Y の主張が最も説得的ということになる。すなわち、「本件会社分割前の債権価値〔破産配当額・精算価値〕と分割後の債権価値〔回収見込額〕を比較すると、分割前の配当可能財産は 1 億 9353 万円、債務総額は 35 億 1729 万円であるから破産配当率は 5、5 % となる。分割を実行せずに放置すれば事業価値が段損されて倒産し破産配当率が著しく低下したと予想される。本件会社分割は、倒産を回避し、事業価値を保存する目的で実行された会社分割である」と。したがって本件会社分割に詐害性はないとするのであるが、前述したように破綻状態にある Z 社の財産に、当該会社分割の結果、財産価値の大きな変動があったとは思われないので、結局、詐害性を構成するには無理があるということになる。

【3】詐欺行為取消権による取消の範囲及び原状回復の方法

詐欺行為取消権は、債権者の共同担保である債務者の財産の維持保全を目的とし、取消は総債権者の利益のためにその効力を生ずるものとされる（民425条）。したがって現物返還が原則となる。しかし価格賠償が為されるときは、取消債権者は、事実上優先弁済を受けることができ⁽⁴⁴⁾、これにより濫用的会社分割に対処できる⁽⁴⁵⁾。したがって積極説を支持した場合でも、「吸収分割により承継される権利義務は法律上当然に一体として一般承継されるわけであるから、その一部の移転のみを詐欺行為取消しの対象とすることができるのかどうか⁽⁴⁶⁾」、詰めなければならない。すなわち取消の効果として、財産返還を行うとすれば、どの財産の返還を求めるか、またその結果、新設会社の経営に支障が生じ、新設会社と第三者との取引の安全が害されないか等、疑問が広がる。

立法担当者は、「分割の対象は有機的一体性を有する事業自体ではなく、吸収分割契約・新設分割計画の定めに従い、当該会社⁽⁴⁷⁾がその事業に関して有する権利義務が分割会社から承継会社に承継されるので、その取消が、会社分割という組織法上の行為自体の効力に影響することは本来的にはあり得ない、と解している。この点につき、神作教授は、「会社法の下では、会社分割の対象は有機的一体性を有する『事業』を構成する権利義務の全部または一部である必要はなく、会社分割により承継される権利義務の範囲をどのように画するかについては会社分割当事会社の広い裁量に委ねられることになった、」と解する。すなわち会社分割制度を、権利義務を一般承継により移転するための法形式の1つとして単純化したものと捉えているようである。

分割会社債権者により詐欺行為取消が行われた場合、判例は、取消の目的物

(44) 最判昭37・10・9金法329号13頁。

(45) 森本滋「会社分割制度と債権者保護—新設分割を利用した事業再生と関連して—」金法1923号30頁。

(46) 神作裕之、森本滋編『会社法コンメンタール17巻』〔商事法務、2010〕265頁。

(47) 相澤哲「立案担当者による新・会社法の解説」〔2006年別冊商事法務〕181頁。

が金銭債権など可分である場合は、債権者に損害の生じた限度で取消を行うことができる⁽⁴⁸⁾。取消の目的物が一棟の家屋の代物弁済のように不可分なものであるとき、債権者は一部取消の限度で価格の賠償を請求できる⁽⁴⁹⁾、とする。これによれば、会社分割により承継した権利・義務が可分・不可分いずれであっても、債権者に生じた損害を限度として取り消され、承継会社（受益者）の価額賠償が認められ、従って会社分割の効力自体は問題にならない。

次に、具体的な原状回復の方法である。本事案につき裁判所は、①会社分割により承継された資産が受取手形、前払費用等の金銭債権、固定資産であって、これらは可分であることは明らかであるとして、本件被保全債権額の範囲で取消を認める一方、②新設会社が事業を継続し、その資産に変動が生じているので、資産を特定して現物返還をすることが著しく困難である等を理由に、価格賠償請求を認めたのである。ここでの英断は、価格賠償請求を認めた点である。仮に、現物返還の方法が採用された場合は、分割会社の資産の一部を選択した上、これを任意売却・強制執行することにより回収しなければならない。これは、被保全債権額相当額の資産をいかに選択するかといった技術的な課題もあるほか、何よりも新設会社で継続されている営業資産を分離・処分することを意味し、当該事業の再生や取引・労働債権者の利益を害することになりかねない。他方、分割会社債権者の立場からすれば、分割以前の債権保全状況に戻れば満足するわけであって、当該事業を維持しながら発生するキャッシュフローから回収が図られるならば好都合である。会社分割を促進する立場にたてば、実務上、機能的に関連性の強い権利義務が会社分割の対象とされるのが望ましい。原告の有する債権額が小額であり、引き渡した営業の返還が困難な場合、現物返還に変えて請求債権を限度とする価格賠償を認めるのが合理的である⁽⁵⁰⁾。他方、判旨も、新設会社自体が対世効をもって取り消されたわけで

(48) 大判大正9・12・24民録26輯2024頁。

(49) 最大判昭和36・7・19民集15巻7号1875頁。

(50) 東京地判平11・12・7判時1710号125頁。

はない。ゆえに当該事業にかかるすべての権利義務を、事業譲渡と同様に移転させることは、コストも高く法律関係も複雑になる可能性があることから、現実的ではない、とする。しこうして詐害行為取消権行使を可能とする論拠からしても、価格賠償請求は妥当な判断といえる。結局、取消財産を特定して当該財産の移転を取り消すか、あるいは取消債権者の債権額にかかわる価格賠償を選択することができる柔軟に解することが妥当と考える⁽⁵¹⁾。

【4】置き去りにされた債権者の保護

本事案の債権者 X のように分割会社に置き去りにされた残存債権者は、債権者異議の対象とされておらず⁽⁵²⁾（789条1項2号、810条1項2号）、会社分割制度導入当初から保護手続規定が存しない。これは、分割会社は移転した資産の対価として新設会社の株式の交付を受けるので、資産の減少は生じないため分割会社に残る債権者は害されることはない⁽⁵³⁾、との立法担当者の理解による。しかし実際上は、「分割会社債権者は、新設会社に承継した会社の債権者より劣後することになり、債権の回収可能性を低下させる」、といった懸念は当然である⁽⁵⁴⁾。裁判所の判断でも、「旧りよくけんが資産を被告に承継させる対価として取得したのは被告 Y 会社の株式1000株に留まるのであって、しかも被告の株式は、非上場株式会社の株式であり、株主が廉価で処分することは容易で

(51) 森本滋「前掲論文〔注〕」金法1923号32頁。

(52) 会810条1項2号が念頭におく異議を述べるができる債権者というのは、分割会社から新設会社に債務を承継した場合の債権者ということになる。しかしこの場合でも、分割会社が重畳的債務引受を行った場合は、債権者異議手続は必要なくなる（会810条1項2号）、森本滋「会社分割制度と債権者保護—新設分割を利用した事業再生と関連して—」金法1923号28頁。

(53) 原田晃治「会社分割法制の創設について〔中〕」商事1565号（2000）14頁。

(54) 原田晃治ほか「会社分割法制に関する各界意見の分析」別冊商事法務223号（1999）25頁、三上徹「会社法現代化要綱試案を読み解く「金融実務への影響」」金法1695号（2004）54頁、宮島司「企業再編における債権者保護」法教243号（2000）38頁など。

あっても一般的には流動性に乏しく、旧りよくけんの債権者にとっては、株主名簿を閲覧する権利もなく（会社法125条2項）、株券が発行されればより一層これを保全することには著しい困難が伴い、さらに、強制執行の手続においても、その財産評価や換価をすることには著しい困難を伴うものと認めることができる」とする。形式的には、新設分割において資産だけが新設会社に承継されるとすれば、その承継資産が新設会社の株式に形を変えて分割会社に交付されるので分割会社の財産状況に変動はない。すなわち形式的に対価を得ているとしても、裁判所の判断のように、現実として分割会社の資産の減少は明白である。本件事案の場合、会社分割後、旧りよくけんは本件全債務に対する返済を、被告 Y 会社から賃料等名目で入金される月額200万円を原資として、各金融機関の負債額に按分比例して分割弁済していくとする。これによると、各金融機関への弁済が終了するのは、計算上、弁済を開始してから約128年程度を要することになるゆえ、常識的に考えて、債権者の回収可能性の低下は明らかである。しかし見方を変えたと、倒産状態にある Z 会社が、倒産手続に入った場合、債務超過状態にある Z 会社には、債務の履行は殆ど期待できない（会649条2号参照）。128年繋ろうとも、回収の道が開かれているだけ債権者の保護が果たされていることになる。

しかしこの点に関しても、債権者に対する担保価値とは何か、が改めて問われなければならない。本事案のように倒産状態にある会社の資産価値ということになると、分割部分が新設会社の株式に変わったからといって大きな差はない。逆に、倒産状態にない会社の新設分割の場合は、置き去りにされた債権者の保護が薄くなることは明白である。したがって本判決は、窮余の策として、会社分割それ自体を詐害行為として取り消しうるとし、組織法上の新設分割の効力自体を対世効をもって取り消すものではないとしたのではないか。すなわち、会社分割の効力は認めつつ、原告の請求を価格賠償で補おうとするロジックである。⁽⁵⁵⁾

V. 一応の総括

平成9年以降、商法関連の法改正が繰り返される中で、我が国企業の再生と国際競争力の回復強化目的の政策立法傾向が顕著となった。すなわち商法・会社法における株主・債権者間の権利保護の要請と政策目的実現の要請との間の緊張関係が目立つようになった。平成12年に創設された会社分割制度は、将にこのような流れの中で誕生したのである。事業再生目的の会社分割の典型的な利用形態として、大口債権者の了解とスポンサー協力のもとに、分割会社の優良部門を設立会社に承継させてその事業を維持し、分割対価である設立会社の株式を適正価格で売却して分割会社の残存債務の支払に充て分割会社を消滅（あるいは長期的計画のもとに再建）⁽⁵⁶⁾させることも可能となったのである。本論文が素材として取り上げた名古屋地判、高判事案も、まさにこの流れに沿った会社分割例である。いわば法定の再生手続とは異なり、企業危機を公にすることなく、事業価値を毀損することなく、加えて風評被害を防止しつつ、迅速・柔軟に事業再生を図ることができるのである。他方、分割会社の承継対象債務について分割会社が重畳的債務引受をするときは、債権者異議手続を取る必要がなくなるため（会社法810条）、意図的に特定の大口債権者（金融債権者）に分割計画を秘匿しつつ、秘密裏に金融機関債権者の債権回収可能性を一方的に奪う等の会社法の規制緩和（会789条3項一＝催告・公告は官報などの公告で足り個別催告を必要なくした）を運用した分割も可能となるため、事業

(55) 詐害行為取消判例が、なぜ今までなかったのかは、推測するに、一般に詐害行為取消訴訟は举证負担が重いことに加え、理論的にみても、①組織変更行為を詐害行為取消の対象とすることの可否、②（移転対価としての株式交付にかかわらず）詐害性ありとする根拠、③請求内容の選択（取消しの範囲や現状回復の内容）につき実務上の定見がなく、コストや手間をかけてまでの訴訟提起や（和解でない）判決取得に債権者が躊躇したからと思われる。

(56) 森本滋「会社分割制度と債権者保護―新設分割を利用した事業再生と関連して―」金法1293号28頁。

再生の機会は益々高まることになる。

しかしながら、現行会社分割制度にあっては、①新設分割計画（会763条5号）において、債権者を置き去りにするか、承継あるいは設立会社に承継させるか、分割会社側で自由に決めることができる。結果として、うるさい債権者は全て分割会社に置き去りにすることで、異議、催告などを回避することができる。②承継あるいは設立会社に承継された債務につき、分割会社が、重畳的債務引受をすると、異議を述べる債権者はいなくなることになるので、債権者異議手続は骨抜きになる可能性がある。③異議を述べることができる債権者は、一定の手続の下、異議を述べることにより分割会社から弁済を受け、担保の提供を受けることができる（810条5項）が、この場合、異議をいう機会が与えられるべきだったのに与えられなかった債権者に対して明確な基準が存しない。④異議をいう機会が与えられなかった債権者は、会社法789条2項の各別の催告を受けなかった場合には、債務の履行を請求できません、と書かれていても分割会社あるいは新設会社に債務の履行を請求できるのか（759条2項、3項）、否かが、ハッキリしない。⑤新設分割計画では、新設分割会社の債権者は、新設分割後は、新設分割会社に債務の履行を請求できない、あるいは逆に新設分割設立会社に債務の履行をすることができないと定めることができるのか、など細かい疑問は、山積みである。今後、早急に検討を要するテーマといえる。

他方、ゴルフ場事業の再生に当該会社分割制度が悪用されて、結果として、弱小個人ゴルフ会員権者の利益が損なわれることがあってはならない。なぜならば、ゴルフ会員権者は、その目的として、完成後のゴルフ場の優先利用権が得られるという特典から会員権を購入するのである。したがって、これらゴルフ会員権者の債権を置き去りにするような会社分割は、ゴルフ会員権契約が個人法取引そのものであることから、民法424条の適用があつてしかるべきと考える。ゴルフ会員権者の会員権契約は、ゴルフ場経営会社に対して担保権を設定するわけではなく、単に、優先利用権が保証されるに過ぎない。会社分割によ

ってこの優先利用権を剥奪し、債権〔ゴルフ会員権〕を踏み倒しにするが如きは、債務不履行そのものであり、信義則の点からいっても看過できない。畢竟、金融機関が行う、優良物件あるいは会社経営者個人の人的担保を確保した上での融資とは、様相が異なるからである。会社分割に関して、どのような場面、例えばゴルフ場経営会社の会員権置き去り分割のような場合、本論文の主張のように詐害行為取消しが認められないとすれば、債権者の救済手段はきわめて限られたものになる。適法な手続によることなく、⁽⁵⁷⁾文字通り奸悪な会社分割がなされたばあいには、本件判旨の判断どおり、詐害行為取消権が適用され、債権者の保護が図られなければならない点は論を俟たない。

立法論としては、右のゴルフ場経営会社にみられるような特殊な会社分割の場合、債権法と会社法間で整合性のある整備が必要となる。会社分割による濫用事例の場合は、①分割会社に残る債権についても債権者異議申述権の設定、②新設会社を連帯債務者にする制度を導入するなど、債権者保護の強化が望ましいと考える。また、債権法についても、補完的な救済手段として詐害行為取消権の行使が実務上可能となるように、内容の具体化・明確化等の立法上の手当てがなされるべきではなかろうか。

以下、太郎良留美氏担当分の会社分割税制の概要を掲げる。当該税制度の概要を俯瞰する限り、会社分割制度を、税制面からも積極的に補完、促進しているのが伺えて興味深い。

(57) 無効原因は、①吸収分割契約・新設分割計画の内容の違法、②吸収分割契約等に関する書面等の不備置・不実記載、③吸収分割契約・新設分割計画の承認決議の瑕疵、④法定の株式（新株予約権）買取請求の不履行、⑤法定の債権者の異議手続の不履行、⑥労働者との協議義務の不履行、⑦簡易分割・略式分割の要件を欠いた手続、⑧略式分割の差止仮処分違反、⑨独占禁止法の定める手続違反の会社分割、⑩会社分割の認可を必要とする場合の欠缺などである、江頭憲治郎『前掲書〔注5〕』857頁。

Ⅵ. 会社分割税制の概要

【1】税制の基本的な考え方と課税繰延の効果

法人がその有する資産を他に移転する場合は、税法上、移転資産の時価取引として譲渡損益を計上するのが原則である。この点については、会社分割により、資産及び負債を移転する場合も例外ではない。すなわち、会社分割により分割法人が分割承継法人に資産及び負債の移転をしたときは、分割時の時価による譲渡をしたものとして、譲渡損益の計算を行い（法人税法（以下、「税法」という）62条1項前段・2項）、キャピタル・ゲインに対しては法人税が課される。また、分割法人の株主に、分割法人を経由して、分割承継法人から株式が交付された場合には、株主に譲渡所得が発生する（税法62条1項後段）。この法人税の負担は、法人の組織再編を企図する者にとって、妨げとなる最大の要因である。そこで法人税法は、平成13年度の改正における企業再編税制の一環として、企業分割税制を導入した。特定の営業部門を独立させることによる経営の効率化、不採算部門の活性化、その他種々の目的で行われる法人の分割を、税制面からバックアップする措置である。すなわち企業分割税制は、会社分割が円滑に進むよう、一定の要件を満たす分割については、分割の時点で課税せず、課税の繰延措置を行うものである。なお平成13年度改正は、従来の制度との継続性を図るため、商法・有限会社法（現在では会社法）上の分割に加え、現物出資および事後設立も分割のタイプとして規定したが、その後平成22年度改正で、事後設立は⁽⁵⁸⁾廃止された。

さて、税法は組織再編成により移転した資産等や交付された株式について

(58) 事後設立に関する規定（平成22年改正前の法人税法62条の5第1項）は、以下の2つの理由により廃止された。（1）適格事後設立はあまり利用されていないこと、（2）平成22年改正で、譲渡の時点で利益の額または損失の額を計上せず課税を繰り延べる制度（税法61条の13第1項）が採用され、事後設立制度はこの制度によって代替されうること。金子宏『租税法』（弘文堂、第17版、平成24年）417頁。

は、組織再編成された時点で課税することをせず、課税を後に繰り延べようという考え方を採用するのであるが、それは永久に課税されないという意味の非課税とは異なり、いつかは課税が行われることを意味する。すなわちそれは、「sooner or later の問題であって、now or never の問題ではなく」⁽⁵⁹⁾、課税のタイミングの問題である。そこで問題になるのは、それが組織再編を行う会社にとって税制上のメリットがあるか、ということである。この点につき以下の事例を用いて説明する⁽⁶⁰⁾。

A 及び B は共に甲年に、市場において X 株を40円で購入したとしよう。X 株の市場価格は徐々に上昇し、乙年後に100円となった。乙年に A・B は共に保有する X 株と同じ市場価格（100円）に相当する分量の Y 株を取得した。そして Y 株の価値が200円になった丙年に、Y 株を売却した。ここまでの前提において両者の相違はない。唯一の相違点は、Y 株の取得方法である。A は、税制の要件を満たす「組織再編成」によって、保有する X 株と Y 株を交換し、一方 B は X 株を売却し、その資金を元手に Y 株を購入した。この前提から、A・B の最終的な税引き後の手取額を計算し比較することとする。

税法上、条件を満たす組織再編成が行われると、その時点（乙年）では課税は行われず、実際の課税は繰り延べられる。上記の具体例を用いてこれを説明すると、A は X 株と Y 株を組織再編によって交換した場合、この段階での課税は行われず、A が Y 株を丙年に実際に売却するまで、課税は繰り延べられることになる。また組織再編税制の仕組みでは、A の保有する Y 株の基準価格は、X 株の基準価格40円を引き継ぐことになる。そうすると、丙年で Y 株を200円で売却したとき認識される利益は $200円 - 40円 = 160円$ となるため、丙年における税率を20%だとすると、税引き後の手取額は $200円 - 160円 \times 0.2 = 168円$ となる。

(59) 渡辺徹也『企業組織再編と課税』（弘文堂、平成18年）32頁。

(60) 事例は、渡辺徹也『前掲書（注59）』11頁以下を参照した。

会社分割による新会社設立と詐害行為取消権行使の是非

(図表1) A・Bの最終的な税引き後手取額の計算

〈A〉

年度	取引	市場価格	基準価格	実現利益	認識利益	不認識利益	税額
甲	X株 購入	40	40	—	—	—	—
乙	Y株とX株の交換（組織再編成）	X株：100 Y株：100	X株：40 Y株：40	60	0	60	0
丙	Y株 売却	200	40	160	160	0	$160 \times 20\% = 32$
Aの丙年における最終的な税引き後手取額： $200 - 32 = 168$							

〈B〉

年度	取引	市場価格	基準価格	実現利益	認識利益	不認識利益	税額
甲	X株 購入	40	40	—	—	—	—
乙	X株 売却	100	40	60	60	0	$60 \times 20\% = 12$
	Y株 購入	88	88	—	—	—	—
丙	Y株 売却	176	88	88	88	0	$88 \times 20\% = 17.6$
Bの丙年における最終的な税引き後手取額： $176 - 17.6 = 158.4$							

一方Bのほうは、乙年にXの価値が100円になったところでこれを売却し、課税後の収入金額でY株を購入し、乙年からみて株価が2倍になった丙年にこれを売却した。Bは乙年にX株の売却益60円（100円－40円）につき課税（60円×20%＝12円）されるから、Y株は88円分（100円－12円＝88円）購入出来ることとなる。丙年にY株の価値が2倍となった段階でこれを売却すると、売却益88円（176円－88円＝88円）に対する税金は17.6（88円×20%＝17.6円）となる。Bの最終的な手取額は、176円－17.6円＝158.4円となり、BはAに比べて9.6円（168円－158.4円＝9.6円）だけ手取額が少なくなる。

すなわち、A は乙年において X 株と Y 株の交換で生じたはずの利益が認識されなかったため、通常の投資活動に対する原則通りの課税をされた B よりも 9.6 円の得をしたということになる。つまり、税法における組織再編成の課税繰延の効果は、課税のタイミングを遅らせることによって、実現した利益に対する課税の一部を非課税とする効果を得ることにある。

【2】課税繰延の根拠

税法は通常、株式や資産が交換された場合、売却と同様に損益が実現し、認識される。これは売却および交換に関する課税の原則的ルールであるが、組織再編成における交換について損益を認識しないというのは、実現損益に対する課税の例外である。⁽⁶¹⁾ この例外的取扱いの根拠は、政府税調の「会社分割・合併等の企業組織再編成に係る税制の基本的考え方」⁽⁶²⁾（以下「基本的考え方」という）に示されている。

「基本的考え方」は、「法人がその有する資産を他に移転する場合には、移転資産の時価取引として譲渡損益を計上するのが原則であり、この点については、組織再編成により資産を移転する場合も例外ではない。」と、税制の原則的取扱いを述べた上で、「組織再編成により資産を移転する前後で経済実態に実質的な変更が無いと考えられる場合には、課税関係を継続させるのが適当と考えている。したがって、組織再編成において、移転資産に対する支配が再編成後も継続していると認められるものについては、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べることが考えられる」⁽⁶³⁾とする。さらに株主について、「分割型の会社分割や合併における分割法人や被合併法人の株主の旧株（分割法人や被合併法人の株式）の譲渡損益についても、原則として、その計上を行うこととなるが、株主の投資が継続していると認められるものについては、上記と同様の考

(61) 渡辺徹也『前掲書（注59）』17頁。

(62) 税制調査会第2回総会（平成12年10月3日）資料。

(63) 「基本的考え方」第一（3）参照。

会社分割による新会社設立と詐害行為取消権行使の是非
え方に基づきその計上を繰り延べることが考えられる⁽⁶⁴⁾」と述べる。

以上の記述から、企業再編税制に係る課税繰延措置の根拠は、法人段階では「移転資産に対する支配の継続性」、株主段階では「株主の投資の継続性」という「経済実態に実質的な変更が無い」⁽⁶⁵⁾状況に着目した措置であることが明らかとなる。

【3】会社法と税法の関係

企業組織再編税制は、平成12年の商法改正で「会社分割」という新しい組織法上の制度が認められたことを契機に、平成13年の税制改正で創設された。当初の企業組織再編税制は、合併・会社分割・現物出資・事後設立の四態様に係る税務を整理し、平成18年税制改正以後はこれに、株式交換と株式移転の規定を追加している。

企業組織再編税制として創設された平成13年頃の経済状況は、バブル経済崩壊後の不況が依然として続いており、企業は組織を変革し生き残りを模索していた時代といえる。その方向性は、資本関係で結ばれたグループ企業全体を円滑に運営していく方向と、従来の資本関係の枠を越え、より大きな競争単位として複数の企業が共同で事業を進めていく方向であった。前者の例は、持株会社組織のなかでの事業を再構築し、機動的に経営改革を進めていく「企業グループ内の組織再編成」の場合であり、後者はライバル会社が合併したり、新しいビジネスを展開するために異業種の分野を取り込み事業統合する「共同事業を行うための組織再編成」である。またこの2つの組織再編成は、複合的に組み合わることもある。このような複雑多岐にわたる組織再編成の手法を、税制度は個別に手当てすることなく、一貫した税制の手当が行われうる環境整備したのである。

(64) 「基本的考え方」第一(3)参照。

(65) 渡辺教授は「どこまでをもって実質的に変化がないと考えるかは、まさに立法政策の問題」と述べている。渡辺徹也『前掲書(注59)』18頁。

ところで、平成12年の商法改正で創設された会社分割法制では、株式の交付先による分類として、分割承継法人の株式を分割法人に交付する分割を「物的分割」、分割承継法人の株式を分割法人の株主に交付する分割を「人的分割」と分類していた。しかし、平成18年5月施行の会社法では、「物的分割」と「人的分割」の区分をなくし、すべての分割は「物的分割」とされた。これまでの「人的分割」は、「物的分割+剰余金の配当」という形で整理された⁽⁶⁶⁾。

これに対し税法は、「物的分割」を「分社型分割」（法法2条①十二の十）、「人的分割」を「分割型分割」（法法2条①十二の九）と称して区分しており、分割型分割についても会社法の考え方、すなわち「物的分割+剰余金の配当」と同様の考え方に基づいて定義している。また【4】〔1〕に述べる要件を満たした「分社型分割」「分割型分割」を「適格分社型分割」（法法2条①十二の十二）、「適格分割型分割」（法法2条①十二の十三）として定義している。

ここで改めて確認しておくべきことがある。それは会社法上の会社分割であれば、全て税法上の適格分割になるというわけではないという点である。

会社法が認めない分割は、文字どおり会社法違反の法律行為であるが、税法が認めないという意味は、分割が非適格になるという意味である。例えば、適格要件の1つに、「事業規模要件」（【4】〔1〕⑥参照）というものがあるが、一方の事業規模が他方の事業規模の5倍を超える分割は、この要件に反するため、非適格分割となり課税の繰延措置は講じられないことを意味する。すなわち、会社法上の「認めない」は会社法違反を示す用語である一方、税法上の「認めない」という意味は、税法上の適格分割の課税扱いを受けられないという意味を示すに過ぎない。

あくまでも非適格分割の課税方法は、税法の原則的扱いであり、適格分割の

(66) 会社法が「人的分割」という法律構成を廃止した理由は、金銭である分割対価が分割会社の株主に対し分配される場合を考えると、それを分割会社が資産等を売却し剰余金の配当を行うことと区別する理由づけが困難だからである。江頭憲治郎『前掲書（注5）』826頁。

課税方法は、課税の繰延という特例的措置を講じたものである。また分割が非適格であったとしても、それが常に納税者にとり不利になるということでもない。⁽⁶⁷⁾

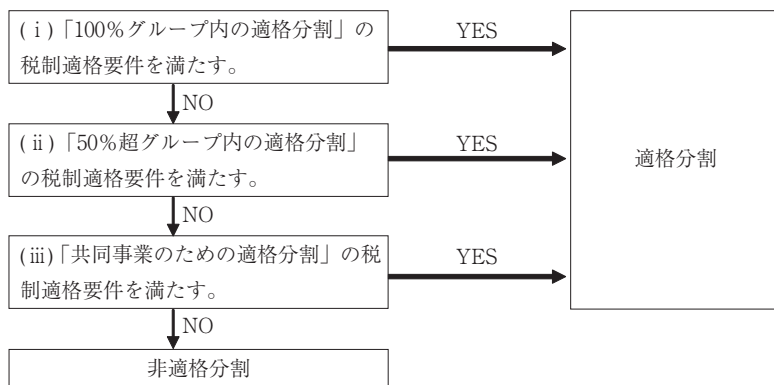
合併・分割などを含む企業組織再編税制は、「企業の競争力を確保し、企業活力が十分に発揮できるよう、商法等において柔軟な企業組織再編成を可能とするための法制等の整備が進められ」⁽⁶⁸⁾ることを前提として導入されたが、特例的扱いを受ける分割か否かの判断基準は、税法独自の目的から制定されたものである。

【４】分割税制の概要

組織再編成時の課税の論点は、以下の３つにまとめることができる。(ア) 組織再編当事法人に係る法人税の取扱い、すなわち移転する資産の譲渡損益の額の取扱い、(イ) 組織再編当事法人の株主に係る課税、すなわち株式の譲渡損益の額とみなし配当の取扱い、(ウ) 当事法人に係るその他の課税、すなわち不動産取得税・登録免許税・消費税などの取扱いである。(ア) については上述のとおり、分割により資産を移転する場合において、その前後で移転資産に対する支配が継続している状態と認められる場合には、課税の原則的な取扱いを離れ、特別な課税措置が適用となる。具体的には、分割会社による資産等の移転は、分割の直前の帳簿価額による譲渡をしたものとして、分割法人の所得を計算し、移転資産の譲渡損益は認識せず、分割承継法人によってその資産等が譲渡されるまで課税の繰延措置が講じられる。この取り扱いを受けるためには、その分割が一定の要件を満たすことが必要となる。この要件を満たす分

(67) 渡辺教授は、「例えば、含み損がある場合は、非適格になった方が課税上有利である。また、減価償却資産の取得価額を引き上げるため、あるいは知的財産等を償却可能な無形固定資産として取得するために、当事者が非適格取引を望むこともありえる。」と納税者が不利にならない事例を挙げている。渡辺徹也『前掲書（注59）』40頁。

(68) 「基本的考え方」第一（１）参照。

(図表 2) 税制適格要件 判定フローチャート⁽⁶⁹⁾

割を「適格分割」というが、〔1〕その適用対象となる要件と、〔2〕分割法人および分割法人の株主に対する課税の取扱い（上述（ア）および（イ）の取扱い）を適格分割および非適格分割の場合とそれぞれに整理する。また（ウ）については【5】で整理する。

〔1〕税制適格分割となるための要件

企業組織の再編形態の1つである会社分割がされた場合において、その会社分割が法人税法上の税制適格要件を満たす分割を「適格分割」（法法2条12の11）という。会社分割が適格分割となる要件は、当事法人間の支配関係によってそれぞれ異なる。当事法人の関係が完全支配関係（一方が他方の発行済株式の全部を直接・間接に有する関係その他一定の関係）である場合は「(i)100%グループ内の適格分割」の要件、当事法人の関係が発行済株式の50%超、100%未満を保有する関係その他一定の関係である場合は「(ii)50%超グループ内の適格分割」の要件、当事法人が共同で事業を営む関係にある場合には「(iii)共同事業のための適格分割」の要件に該当するものが適格分割となる。この3つの適格分割に該当するため各要件は、(図表3)を参照されたい。

(69) みずほ総合研究所他『グループ内組織再編』（東洋経済新報社、平成24年）124頁。

(図表3) 税制適格要件一覧表

(法法2条12号の11・法人税法施行令(以下「法法令」とする)4条の3⑤⑥⑦⑧)

要件	(i) 100%	(ii) 50%超	(iii) 共同事業
①株式等の交付要件	○	○	○
②支配関係継続要件	○	○	
③従業者引継要件		○	○
④事業継続要件		○	○
⑤事業関連性要件			○
⑥事業規模要件または経営参画要件			○
⑦株式継続保有要件			○
⑧主要資産等引継要件		○	○

一般的に「(i)100%グループ内の適格分割」の要件を充足させることは比較的容易とされるが、100%の資本関係グループであっても、必ずしも「(i)100%グループ内の適格分割」の要件を満たす必要はなく、「(ii)50%超グループ内の適格分割」または「(iii)共同事業のための適格分割」のいずれかの要件を満たすことによっても適格分割となる(図表2)。なお、3つの適格分割の要件のいずれかに該当すれば、強制的に適格分割に区分されることになり、任意選択はできない。

① 株式等の交付要件

分割の対価として資産等を取得する法人の株式等以外の資産が交付されていないこと。

② 支配関係継続要件

次のいずれかに該当すること

- イ 分割前に分割当事法人のいずれか一方の法人の他方の法人に対する支配関係(100%グループ内の適格分割の場合は、「完全支配関係」と読み替えて適用。以下同じ。)があり、かつ、分割後もその支配関係が継続する見込みであること。

- ロ 分割前に分割当事法人に対する同一の者による支配関係があり、かつ、分割後もその支配関係が継続する見込みであること。

③ 従業者引継要件

会社分割により移転する事業にかかわる従業者の概ね80%以上が、分割により事業を受け入れる側の法人において、分割後も当該法人の業務に従事する見込みであること。

④ 事業継続要件

分割により移転する事業が分割後も引き続き営まれる見込みであること。

⑤ 事業関連性要件

分割により移転する事業と受け入れる側の法人の分割前から営む事業とが相互に関連するものであること。

⑥ 事業規模要件または経営参画要件

次のいずれかの要件を満たすこと

- イ ⑤で相互に関連するとされた事業を比較した場合にその規模（資本金、売上、従業員数など）が概ね5倍を超えないこと。
- ロ 事業を移転する法人の分割前における役員である者のいずれかの者と事業を受け入れる法人の分割直前における特定役員である者のいずれかの者がそれぞれ分割後に事業を受け入れる法人の特定役員になることが見込まれていること。

⑦ 株式継続保有要件

分割により株式の交付を受けた株主のうち、その株式の全てを継続して保有する見込みである株主が保有する株式の総数が分割の対価として発行した株式総数の80/100以上であること。

⑧ 主要資産等引継要件

分割により移転する事業にかかる主要な資産および負債が、分割承継法人に移転していること。

〔２〕課税上の取扱い

① 分割型分割の場合

分割型分割の場合には、分割法人から分割承継法人へ事業（資産等）が移転し、この資産等の移転の対価として分割法人の株主に、新たに分割承継法人の株式が交付される。分割型分割の場合、税務上の観点⁽⁷⁰⁾は、この資産等の移転に伴う損益が認識されるかという点と、その資産等の対価を受け取った株主への課税が発生するかという点となる。

分割型分割が適格分割の要件を満たす場合、分割法人による資産等の移転は、分割法人の分割事業年度の終了時の帳簿価額の引継ぎをしたものとして、分割法人の所得を計算する（法法62の2①、法法令123条の3①・8条①六）。すなわち、分割法人の譲渡損益はその段階では認識されずに、分割承継法人がその資産等を譲渡するまで、譲渡益に対する課税と譲渡損の計上は繰延されることになる。

また、分割法人の株主に交付される分割承継法人の株式についても、課税は行われず、株主がその株式を譲渡するまで課税繰延措置が講じられることとなる（法法62の2③）。

② 分社型分割の場合

分社型分割の場合には、分割法人から分割承継法人へ資産等が移転し、この資産等の対価として、直接分割法人に分割承継法人の株式が交付される。従って、分社型分割の場合と異なり、資産等を移転させる法人（分割法人）と資産等の移転対価を受ける法人が同一法人となり、株式の譲渡損益やみなし配当は発生しない。

分社型分割が適格分割の要件を満たす場合も、分割法人による資産等の移転は、分割直前の帳簿価額による譲渡をしたものとして分割法人の所得を計算する（法法62の3①、法法令123条の4）。すなわち、分割会社に生ずる譲渡損益

(70) 分割法人の分割型分割の日の前日の属する事業年度。

はその段階では認識されず、分割承継法人がその資産等の譲渡を行うまで、または分割法人による分割承継法人の株式が譲渡されるまで、譲渡益の課税と譲渡損の計上は繰延されることになる。

③ 非適格分割の場合

非適格分割に該当する場合には、分割型分割および分社型分割であっても資産等の移転直前の時価によって移転したものとされるため、時価と帳簿価額との差額相当額の移転損益は、分割法人の分割が行われた日の属する事業年度の所得の計算上、益金の額または損金の額に算入されることになる。

一方、非適格分割となる分割型分割が行われた場合には、分割法人の株主に對し、株式以外の財産の交付がされるか否かにかかわらず、みなし配当課税が発生する。また非適格分割の分割型分割の対価として株式以外の財産の交付がされた場合には、所有する株式について、株式の譲渡損益を認識することとなる。ただし、株式以外の財産の交付がなければ、株式の譲渡損益は認識されない。

【5】その他諸税の取り扱い

会社分割が行われた場合の税制上の最大のメリットは課税の繰延措置であるが、法人税以外の税法においても例外的な規定を講じている。

〔1〕土地・建物の移転に係る諸税

土地・建物を取得した場合、通常、不動産の取得者は不動産取得税や登録免許税の納税義務を負う。しかし、会社分割により土地・建物を移転させた場合は、税率軽減措置がある。不動産取得税・登録免許税の税率は以下の通りである。

(図表 4)

	不動産取得税	登録免許税
通常の売買	土地 3 % (地方税法附則11条の 2 ①) 建物 4 % (地方税法73条の15)	2 % (登録免許税法 9 条・別表第一)
会社分割	一定の場合は非課税※ 1 (地方税法73条の 7 ①・地税令37条の14)	H24.3まで1.3%※ 2 (特措法81条①一口)

(※ 1) 不動産取得税が非課税となる場合

分割の対価として金銭等の交付がされず、以下の要件の全てを満たす場合には、不動産取得税は非課税と規定されている(分割型分割の場合で株式の交付がされる場合には、株式の保有割合に応じて交付される場合に限る)。

- ◆ 当該分割により分割事業(分割法人の分割前に営む事業のうち、当該分割により分割承継法人において営まれることとなるものをいう。)に係る主要な資産及び負債が分割承継法人に移転していること。
- ◆ 当該分割に係る分割事業が分割承継法人において当該分割後に引き続き営まれることが見込まれていること。
- ◆ 当該分割の直前の分割事業に係る従業員のうち、その総数のおおむね100分の80以上に相当する数の者が当該分割後に分割承継法人の業務に従事することが見込まれていること。

(※ 2) 平成24年税制改正案では、平成26年 3 月までは1.5%、平成27年 3 月までは1.8%とされている。

〔 2 〕 消費税の取扱い

会社分割は、分割会社の権利義務を承継会社・設立会社に移転させる効果を持つものであり、会社法上、その手続きは一般承継(包括承継)となる。したがって、税法は会社法上の手続き関係を踏襲し、会社分割による資産等の移転を包括承継として捉えることとなる。消費税法施行令 2 条第 1 項第 4 号では、包括承継は資産の譲渡等の範囲から除かれていることから、会社分割による資産の移転は、消費税の課税対象外取引となる。

〔 3 〕 商業登記に係る登録免許税

登録免許税法 9 条及び別表第一は、新設分割の場合は資本金の金額、吸収分割の場合は増加した資本金の額に1,000分の 7 を乗じて、登録免許税を計算する(3 万円に満たないときは、申請件数 1 件につき 3 万円)と規定している。

〔４〕自動車取得税

地方税法105条第2項第2号の規定により、会社分割による自動車の移転については、自動車取得税は非課税となる。

【６】小括

以上、税制における会社分割の概要を述べてきたが、これらの規定が組織再編成を狙う実務界の要望にに応じているか否かという点には疑問も残る。例えば、規模の相当異なる会社同士の会社分割においては、概ね５倍という事業規模要件を満たさなければ、税法上のメリットを享受できないこととなる。事業関連性要件や経営参画要件についても、解釈上問題となりうる箇所が存在する⁽⁷¹⁾。また、現行制度では、支配関係のある企業グループか、もしくは共同事業を営む企業同士の会社分割に限られている。しかし、グループの枠外の企業や、共同事業を営まない企業同士の会社分割も考えられよう。従って、課税繰り延べの範囲をはじめから企業グループ等の範囲で限定することが、組織再編成の実態に即したものであるかは検討を要すると思われる。

最後に会社分割を利用した租税回避行為に触れておこう。税法分野において、会社分割は濫用の危険が極めて高い領域であると言われる⁽⁷²⁾。それ故に、上述の「基本的考え方」においても、「組織再編成の形態や方法は、複雑かつ多様であり、資産の売買取引を組織再編成による資産の移転とするなど、租税回避の手段として濫用されるおそれがあるため、組織再編成に係る包括的な租税回避防止規定を設ける必要がある⁽⁷³⁾」と記し、現行法は組織再編成に関する行為・計算の一般的否認規定を置いている（法法132条の2。地方税72条の43④も、法人の事業税につき同旨の規定を置いている。）が、この租税回避とは具体的にどのような状況を指すのであろうか。

(71) 渡辺徹也『前掲書（注59）』289頁参照。

(72) 岡村忠生「会社分割税制とその乱用」税経通信55巻15号31頁（2000年）。

(73) 「基本的考え方」第五参照。

それは、①本来は法人が譲渡して課税をうけるべき取引が課税を免れ、または課税繰延を受けること、すなわち法人段階における租税回避と、②会社法上の人的分割（税法では分割的分割）においては新設または吸収法人の株式等が分割法人の株主に交付されるため、本来は個人株主が配当として課税を受けるべき取引が課税を免れ、または譲渡所得としての課税やその課税繰延を受けるという、株主段階での租税回避とに分類される。上述の「基本的考え方」は、その記述から、前者の法人段階における租税回避を懸念していることが伺えるが、後者の側面に係る租税回避は、特にアメリカの会社分割が特に警戒するものであり⁽⁷⁴⁾、会社分割税制そのものがもつ本質的な問題はここにあると言ってよい⁽⁷⁵⁾。なぜならば、分割承継法人の株式を分割法人の株主に交付する分割型分割は、それまで法人という殻の中にあった資産の一部を分離すると同時に、別法人の株式等が株主に交付される手続きであるから、株主が配当課税を受けずに法人利益を手にする可能性が存在するからである。この配当所得に係る課税を回避する目的で行われる行為を“ベイル・アウト (bail-out)⁽⁷⁷⁾”というが、日本の会社分割税制においても可能であると思われる⁽⁷⁸⁾。

わが国における会社分割税制を用いた租税回避行為に関する事件はまだ散見されないが、どのような行為が租税回避行為とされ、会社分割税制がどのように解釈・適用されるのかは、今後の事例の蓄積が待たれるところである。

(74) Gregory v. Helvering, 293 U. S. 465 (1935), Commissioner v. Morris Trust, 367 F. 2d 794 (4th Cir. 1966) など、アメリカでは多くの事件が存在する。

(75) 岡村忠生「前掲論文（注72）」32～33頁。

(76) 岡村忠生「前掲論文（注72）」33頁。

(77) See Bittker & Eustice, Federal Income Taxation of Corporations & Shareholders, 11. 06 [1] (7th ed. 2006) and 2011 Cumulative Supplement.

(78) 岡村忠生「前掲（注72）」33頁。岡村教授は、分割税制の濫用の検討は、法人段階における譲渡益課税だけでなく、株主段階でのベイル・アウトを問題にすべきと述べる。